PRB 00-09E

Library of Parliament | Bibliothèque du Parlement

THE CROWN'S FIDUCIARY RELATIONSHIP WITH ABORIGINAL PEOPLES

Mary C. Hurley
Law and Government Division

10 August 2000

PARLIAMENTARY RESEARCH BRANCH
DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE

The Parliamentary Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

N.B. Any substantive changes in this publication which have been made since the preceding issue are indicated in **bold print**.

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

101-06474/

TABLE OF CONTENTS

Page

BACKGROUND 1

JUDICIAL INTERPRETATION 2

EXTRA-JUDICIAL CONSIDERATIONS 4

COMMENTARY 7

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

THE CROWN'S FIDUCIARY RELATIONSHIP WITH ABORIGINAL PEOPLES

These notes are intended to provide a brief introduction to the complex and evolving "fiduciary" relationship between the Crown and Canada's Aboriginal peoples.

BACKGROUND

Canada's Aboriginal peoples have always held a unique legal and constitutional position. In the *Royal Proclamation of 1763*, often referred to as the "Magna Carta of Indian Rights," the colonial British Crown found it

> just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds. (emphasis added)

Emphasizing the Crown's concern with the "great Frauds and Abuses" committed by purchasers of Aboriginal lands, the *Royal Proclamation* reserved to the Crown the exclusive right to negotiate cessions (giving up) of Aboriginal title. A century later, subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* granted the federal Parliament legislative authority over "Indians, and Lands Reserved for the Indians." Surrenders and designations of reserve land under the *Indian Act*, the principal vehicle for the exercise of federal jurisdiction over "status Indians" since 1876, reflect the "protective" provisions of the *Royal Proclamation*. In practice, pre- and post-Confederation federal governments negotiated surrenders of vast Aboriginal territories in major treaties concluded throughout the 19th and early 20th centuries, largely in Ontario and the western

provinces excluding British Columbia. Finally, section 35 of the *Constitution Act, 1982* recognizes and affirms "existing aboriginal and treaty rights" of Canada's Aboriginal peoples, defined as including the "Indian, Inuit and Métis peoples." In *R.* v. *Van der Peet* (1996),[1] the Supreme Court of Canada commented that

> the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact ... above all others, which separates aboriginal peoples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status. (emphasis in original)

JUDICIAL INTERPRETATION

In broad legal terms, a "fiduciary" is "one who holds anything in trust," or "who holds a position of trust or confidence with respect to someone else." Hence, a "fiduciary relationship" is one in which someone in a position of trust has "rights and powers which he is bound to exercise for the benefit" of another. Such relationships include those between trustees and their beneficiaries, solicitors and their clients, and so forth.[2]

The Supreme Court of Canada has adapted these largely private law concepts to the context of Crown-Aboriginal relations. In the 1950s, the Court observed that the *Indian Act* "embodie[d] the accepted view that these aborigines are ... wards of the state, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation."[3] The Court's landmark 1984 decision *Guerin* v. *R.* (1984)[4] portrayed this relationship more fully, and established that it could or did entail legal consequences. *Guerin* found that:

---

(1) [1996] 2 S.C.R. 507.

(2) See *A Dictionary of Law*, ed. Elizabeth Martin (Oxford: Oxford University Press, 1997); *Jowitt's Dictionary of English Law*, Second Edition, ed. John Burke (London: Sweet and Maxwell Ltd., 1977).

(3) *St. Ann's Island Shooting & Fishing Club Ltd.* v. *R.*, [1950] S.C.R. 211; [1952] 2 D.L.R. 225, at 232.

(4) [1984] 2 S.C.R. 335.

- the fiduciary relationship is rooted in the concept of Aboriginal title,[5] coupled with the requirement, outlined above, that the Aboriginal interest in land may only be alienated *via* surrender to the Crown;

- this requirement, which places the Crown between the Aboriginal group and third parties to prevent exploitation, gives the Crown discretion to decide the Aboriginal interest, and transforms its obligation into a fiduciary one so as to regulate Crown conduct when dealing with the land for the Aboriginal group;

- in the unique Crown-Aboriginal relationship, the fiduciary obligation owed by the Crown is *sui generis*, or one of a kind.

The scope of the fiduciary concept was extended significantly in *R.* v. *Sparrow* (1990),[6] the Court's first section 35 decision. *Sparrow* determined that:

- the "general guiding principle" for section 35 is that "the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship;"

- "the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples.[7] The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the [infringing] legislation or action in question can be justified;"

- "[T]he justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown," while inquiries such as whether the infringement has been minimal, whether fair compensation has been available, and whether the affected Aboriginal group has been consulted may also be included in the justification test.[8]

Other Court rulings containing relevant, generally applicable principles include *R.* v. *Adams* (1996)[9] in which the Court found that, "[i]n light of the Crown's unique fiduciary

---

(5) The Court defined the Aboriginal interest in the land as an independent legal right that pre-existed the *Royal Proclamation*.

(6) [1990] 1 S.C.R. 1075. *Sparrow* and subsequent Supreme Court of Canada decisions cited may be accessed *via* the Court's web site at http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/index.html.

(7) This broad finding has been reiterated in subsequent decisions, including, for example, *R.* v. *Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456.

(8) The same analysis has been applied in the Court's section 35 treaty rights cases. See, for example, *R.* v. *Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139.

(9) [1996] 3 S.C.R. 101.

obligations towards aboriginal peoples, Parliament may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights ... in the absence of some explicit guidance." In *Delgamuukw* v. *B.C.*,[10] the Court ruled that the degree to which the fiduciary duty requires scrutiny of infringing measures varies according to the nature of the Aboriginal right at issue. In the context of Aboriginal title, the Court expanded in particular upon the Crown's obligation to consult affected Aboriginal group(s), finding that the consultation "must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue." *Delgamuukw* also stated that under section 35, "the Crown is under a moral, if not a legal, duty to enter into and conduct ... negotiations [with Aboriginal peoples] in good faith."

General principles set out in these and other decisions do not finally determine the precise scope of fiduciary obligations that may be owed by the Crown to a given Aboriginal group in a given set of circumstances. Cases in which these matters are pivotal to Aboriginal claims continue to come before Canadian courts with regularity, where they are decided on a case-specific basis within the general guidelines articulated by the Court.[11]

EXTRA-JUDICIAL CONSIDERATIONS

The 1996 *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (RCAP)[12] saw the fiduciary relationship as originating in treaties and other historical links:

> Because of this relationship, the Crown acts as the protector of the sovereignty of Aboriginal peoples within Canada and as guarantor of

(10) [1997] 3 S.C.R. 1010. The decision contained the Court's first definitive statement on the meaning and scope of Aboriginal title in Canada.

(11) The scope of the Crown's fiduciary obligations to consult and to negotiate in good faith feature prominently in a number of cases: see, for example, *Makivik Corp.* v. *Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [1999] 1 F.C. 38 (T.D.); *Gitanyow First Nation* v. *Canada*, [1999] 3 C.N.L.R. 89 (B.C.S.C.), under appeal by Canada and British Columbia; *Halfway River First Nation* v. *British Columbia (Minister of Forests)* (1999), 64 B.C.L.R. (3d) 206 (B.C.C.A.); *Westbank* v. *B.C. (Minister of Forests)*, 2000 BCSC 1139, 2 August 2000 (B.C.S.C.).

(12) Minister of Supply and Services, Ottawa, 1996.

> their Aboriginal and treaty rights. This fiduciary relationship is a fundamental feature of the constitution of Canada.[13]

The Report emphasized that, although the provinces and territories are also bound by fiduciary obligation(s), a position that appears consistent with the emerging jurisprudence in the area,[14] Parliament has primary jurisdiction in relation to Aboriginal peoples under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*:

> The federal government cannot, consistent with its fiduciary obligation, sit on its hands in its own jurisdiction while treaties are broken, Aboriginal autonomy is undermined, and Aboriginal lands are destroyed.[15]

The RCAP was critical of past and current governments' performance of their fiduciary role; many recommendations reflect its view that government needs to fulfil this role more positively through a variety of measures, including broader recognition of the Aboriginal peoples to whom the duty is owed.

The federal government has not issued a comprehensive official policy in this area. Its approach[16] identifies two principal categories of fiduciary obligations for government managers to take into account, based on the *Guerin* and *Sparrow* decisions. Guerin-type obligations arise in situations where the Crown has a duty to act in the interests of an Aboriginal group and has discretionary power in the matter (for example, in connection with the surrender of reserve land). Sparrow-type obligations arise when the Crown must respect constitutionally-protected Aboriginal or treaty rights and justify interferences with those rights. Federal guidelines also underscore the honour of the Crown as an additional key element to be

---

(13) *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, note 12, vol. 2, *Restructuring the Relationship*, Part One, p. 244.

(14) See, for example, Supreme Court of Canada section 35 treaty rights cases involving provincial statutory instruments: *R.* v. *Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, *R.* v. *Côté*, note 8. In addition, it is implicit, in the *Delgamuukw* decision, note 10, that measures infringing Aboriginal title might be affected by the province of B.C. for valid legislative objectives. See also *Gitanyow First Nation* v. *Canada*, note 11, in which the B.C. Supreme Court characterized the federal and provincial Crown as indivisible.

(15) *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, note 12, vol. 5, *Renewal: A Twenty-Year Commitment*, p. 7.

(16) As set out in an Interdepartmental Working Group Report dated October 1995 and entitled "Fiduciary Relationship of the Crown with Aboriginal Peoples: Implementation and Management Issues, A Guide for Managers."

maintained in relations with Aboriginal peoples. The government differentiates between the fiduciary relationship and fiduciary obligations. In its view, some Crown activities affecting Aboriginal peoples that fall within the fiduciary relationship would not necessarily give rise to legally enforceable fiduciary obligations.

Explicit or implicit governmental acknowledgement of the Crown-Aboriginal fiduciary relationship may be found in, for example:

- *Gathering Strength: Canada's Aboriginal Action Plan*,[17] the federal government's January 1998 response to the RCAP Report. While not appearing to state the fiduciary relationship directly, the document emphasizes objectives relating to renewed relationships, partnerships, and shared responsibilities;

- section 5.8 of the 1994 Manitoba Framework Agreement Initiative,[18] under which "[t]he Crown's fiduciary relationship will continue in accordance with judicial decisions, aboriginal rights, constitutional provisions including Section 35 of the Constitution Act, 1982, the Treaties and other laws and sources of law, or any of them;"

- the federal government's 1995 policy guide on Aboriginal Self-Government,[19] which states that self-government may "change the nature" of the Crown's "unique, historic, fiduciary relationship" with Canada's Aboriginal peoples, in that, as Aboriginal institutions assume greater governance responsibilities, Crown responsibilities will lessen accordingly;

- the 1998 Consultation Guidelines issued by the Government of British Columbia in light of the *Delgamuukw* decision, which recognize the Crown's duty to meet its fiduciary obligations in the context of potential infringement of Aboriginal rights or title.[20]

---

(17) Canada, Minister of Indian Affairs and Northern Development, Ottawa, 1997.

(18) This Agreement between the Assembly of Manitoba Chiefs and Canada sets out a process to dismantle DIAND operations in Manitoba, develop Manitoba First Nations government institutions, and restore to Manitoba First Nations governments the jurisdictions currently held by federal government departments. The document may be accessed *via* the web site of the Assembly of Manitoba Chiefs, at http://www.mbchiefs.mb.ca/mfai.html.

(19) Canada, Department of Indian Affairs and Northern Development. Federal Policy Guide, *Aboriginal Self-Government: The Government of Canada's Approach to the Implementation of the Inherent Right and the Negotiation of Aboriginal Self-Government*. Minister of Indian Affairs and Northern Development, Ottawa, 1995. The policy may be accessed *via* the Department's web site, at http://www.inac.gc.ca/pr/pub/sg/plcy_e.html.

(20) The Consultation Guidelines may be accessed *via* the web site of the B.C. Ministry of Aboriginal Affairs, at http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/consult.htm.

COMMENTARY

The foregoing overview suggests that the Crown's fiduciary relationship with and ensuing obligations toward Aboriginal peoples have implications for the development and conduct of government policy in matters that engage Aboriginal interests. It further indicates that the scope of the obligations, and thus the nature of associated policy implications, will vary with the individual circumstances at issue.

Many share the view that important questions related to implementation of the Crown-Aboriginal fiduciary relationship remain outstanding and problematic. Application of Supreme Court of Canada decisions confirming the fiduciary relationship has yet to be fully defined in a number of contexts, for example, land claim and self-government negotiations. Similarly, the standard(s) for government conduct that will uphold "the honour of the Crown" in various situations require further development. To date, it is not uncommon for Aboriginal groups and government to be at odds in litigation, negotiation, and policy fora, as to the scope of governmental responsibility that flows from the fiduciary relationship. Aboriginal parties frequently support a broader view of Crown obligations than the latter appears prepared to endorse. Assembly of First Nations' resolutions attest to unresolved issues regarding many aspects of the current relationship.[21] In April 2000, then National Chief of the Assembly of First Nations Phil Fontaine observed that "DIAND, like the Government of Canada itself, suffers from a schizophrenic personality. It holds and administers fiduciary obligations to our peoples at the same time as it must observe its political obligations to the rest of Canada. ... It advocates one moment on our behalf and in the next moment, through the Justice Department, against us."[22]

It seems safe to conclude that the fiduciary relationship, while possibly lacking in definition in some respects, does have legal and constitutional scope.

---

(21) The AFN Resolution Index may be consulted at http://www.afn.ca/resolutions/.

(22) Keynote address to the April 2000 conference of the Canadian Bar Association, "Negotiations Or Litigation? Which Way Forward To Resolve Aboriginal Claims With The Crown?" accessible *via* the AFN's Press Release archive at http://www.afn.ca/splash.htm.

PRB 00-09F

Library of Parliament / Bibliothèque du Parlement

LE RAPPORT DE FIDUCIAIRE ENTRE LA COURONNE ET LES PEUPLES AUTOCHTONES

Mary C. Hurley
Division du droit et du gouvernement

Le 10 août 2000

PARLIAMENTARY RESEARCH BRANCH
DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE

La Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, elle assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

CONTEXTE 1

INTERPRÉTATION JUDICIAIRE 2

CONSIDÉRATIONS EXTRAJUDICIAIRES 5

COMMENTAIRE 7

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LE RAPPORT DE FIDUCIAIRE ENTRE LA COURONNE ET LES PEUPLES AUTOCHTONES

Cette étude est une brève introduction au « rapport de fiduciaire » complexe et évolutif qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones.

CONTEXTE

Les peuples autochtones du Canada ont toujours occupé une place bien particulière en droit et dans la Constitution. Comme l'affirme la *Proclamation royale de 1763*, souvent qualifiée de « Magna Carta des droits des Indiens », la Couronne britannique de l'époque coloniale a jugé

> juste, raisonnable & essentiel à nos intérêts & à la sûreté de nos colonies que les différentes nations de sauvages avec lesquelles nous avons quelques relations & qui vivent sous notre protection, ne soient ni inquiétées & ni troublées dans la possession de telles parties de nos domaines & territoires comme ne nous ayant pas été cédés, ni achetés par nous, leur sont réservés, ou à aucun d'eux, comme leur pays de chasse. [Souligné par l'auteur.]

Soulignant le souci que causaient à la Couronne les « grandes fraudes & abus » commis par les acheteurs des terres des Autochtones, la *Proclamation royale* a réservé à la Couronne le droit exclusif de négocier la cession des titres aborigènes. Un siècle plus tard, le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* conférait au Parlement fédéral la compétence législative pour tout ce qui concerne « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». La cession et la désignation de terres que prévoit la *Loi sur les Indiens*, le principal instrument, depuis 1876, de l'exercice de la compétence fédérale sur les « Indiens inscrits »,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

représentent les dispositions « protectrices » de la *Proclamation royale*. En pratique, les gouvernements fédéraux antérieurs et postérieurs à la Confédération ont négocié la cession de vastes territoires aborigènes, confirmée par d'importants traités conclus au cours du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle, surtout en Ontario et dans les provinces de l'Ouest, sauf la Colombie-Britannique. Enfin, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les « droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada », ces derniers s'entendant « notamment des Indiens, des Inuit et des Métis ». Dans l'arrêt *R.* c. *Van der Peet* (1996)[1], la Cour suprême du Canada a écrit que :

> la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique – et maintenant constitutionnel – particulier. [Souligné dans l'original.]

INTERPRÉTATION JUDICIAIRE

En droit, le terme « fiduciaire » a le sens général de personne responsable de la garde et de la gestion d'un bien appartenant à une autre personne ou qui occupe une situation de confiance par rapport à une autre personne. Il y a donc un « rapport de fiduciaire » lorsqu'une personne en situation de confiance a des droits et des pouvoirs qu'elle est tenue d'exercer pour le compte d'autrui. L'expression désigne les rapports entre les fiduciaires et leurs bénéficiaires, entre les avocats et leurs clients, etc.[2].

La Cour suprême du Canada a adapté ces concepts émanant du droit privé au contexte des relations entre la Couronne et les Autochtones. Dans les années 50, la Cour fait remarquer que la *Loi sur les Indiens* « renferme la notion admise que ces aborigènes sont [...] des pupilles de l'État, dont la charge et le bien-être constituent un mandat politique comportant

---

(1) [1996] 2 R.C.S. 507.

(2) Voir *A Dictionary of Law*, sous la direction d'Elizabeth Martin, Oxford, Oxford University Press, 1997; *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e^ éd., sous la direction de John Burke, Londres, Sweet and Maxwell Ltd., 1977.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

les plus hautes obligations »[3]. Dans son arrêt *Guerin* c. *R.*[4], qui a fait jurisprudence en 1984, la Cour exprime ce rapport plus complètement et établit qu'il peut impliquer des conséquences juridiques. Elle y statue que :

- le rapport de fiduciaire a sa source dans le concept de titre aborigène[5] et dans l'exigence, expliquée ci-dessus, que l'intérêt des Autochtones dans un territoire ne soit aliéné qu'en faveur de la Couronne;

- cette exigence, qui place la Couronne entre les Autochtones et les tiers afin d'empêcher toute exploitation, lui confère le pouvoir discrétionnaire de déterminer l'intérêt des Autochtones et transforme son obligation en obligation fiduciaire, afin de réglementer sa conduite lorsque les terres d'un groupe d'Autochtones sont en cause;

- dans les rapports uniques de la Couronne avec les Autochtones, l'obligation fiduciaire de celle-ci est *sui generis*, c'est-à-dire seule en son genre.

Dans l'arrêt *R.* c. *Sparrow*[6], le premier sur l'article 35, la Cour suprême du Canada étend considérablement la notion de rapport de fiduciaire en statuant que :

- le « principe directeur général » de l'article 35, c'est que « le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques »;

- « l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones[7]. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable »;

- « la norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté », tandis que les questions de savoir si l'atteinte aux droits est minimale, si une juste

---

(3) *St. Ann's Island Shooting & Fishing Club Ltd.* c. *Le Roi*, [1950] R.C.S. 211, à la p. 219; [1952] 2 D.L.R. 225, à la p. 232.

(4) [1984] 2 R.C.S. 335.

(5) La Cour définit l'intérêt des Autochtones dans les terres comme un droit légal indépendant qui existait avant la *Proclamation royale*.

(6) [1990] 1 R.C.S. 1075. L'arrêt *Sparrow* et les arrêts ultérieurs de la Cour suprême du Canada que nous citons se trouvent sur le site Web de la Cour au http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/index.html.

(7) La même conclusion générale se retrouve dans des décisions ultérieures, notamment l'arrêt *R.* c. *Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

indemnisation a été prévue et si le groupe d'Autochtones concerné a été consulté peuvent aussi faire partie de l'analyse de la justification[8].

Parmi les arrêts de la Cour où l'on retrouve des principes pertinents d'application générale, il y a l'arrêt *R.* c. *Adams*[9] dans lequel la Cour statue que : « Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, le Parlement ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux ». Dans l'arrêt *Delgamuukw* c. *C.-B.*[10], la Cour déclare que le degré d'examen auquel il faut soumettre les atteintes aux droits, compte tenu des obligations fiduciaires, varie selon la nature du titre aborigène en question. À propos du titre aborigène, la Cour s'étend en particulier sur l'obligation qu'a la Couronne de consulter les groupes d'Autochtones concernés, en précisant que la consultation « doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu ». Dans le même arrêt, la Cour déclare aussi qu'en vertu de l'article 35, « la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener [des] négociations de bonne foi » avec les peuples autochtones.

Les principes généraux énoncés dans les arrêts susmentionnés et d'autres encore ne déterminent pas définitivement la portée précise des obligations fiduciaires qu'aurait la Couronne envers un certain groupe d'Autochtones dans des circonstances données. Des causes dans lesquelles ces questions sont cruciales pour les revendications des peuples autochtones continuent d'être portées régulièrement devant les tribunaux canadiens, qui les jugent en tenant compte des circonstances particulières de l'espèce et des principes directeurs généraux énoncés par la Cour suprême du Canada[11].

---

(8) La Cour fait la même analyse dans ses arrêts intéressant les droits issus de traités visés à l'article 35. Voir par exemple *R.* c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

(9) [1996] 3 R.C.S. 101.

(10) [1997] 3 R.C.S. 1010. Cet arrêt renferme la première déclaration précise de la Cour sur le sens et la portée du titre aborigène au Canada.

(11) La portée des obligations fiduciaires de la Couronne, qui doit consulter et négocier de bonne foi, est bien en évidence dans plusieurs affaires : voir par exemple *Société Makivik* c. *Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [1999] 1 F.C. 38 (1re inst.); *Gitanyow First Nation* c. *Canada*, [1999] 3 C.N.L.R. 89 (C.S. C.-B.), portée en appel par le Canada et la Colombie-Britannique; *Halfway River First Nation* c. *British Columbia (Minister of Forests)* (1999), 64 B.C.L.R. (3d) 206 (C.A. C.-B.); *Westbank* c. *B.C. (Minister of Forests)*, 2000 BCSC 1139, 2 août 2000 (C.S. C.-B.).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CONSIDÉRATIONS EXTRAJUDICIAIRES

Dans le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996)[12], on considère que le rapport de fiduciaire a sa source dans les traités et autres faits historiques :

> En vertu de cette relation, la Couronne agit comme protectrice de la souveraineté des autochtones à l'intérieur du Canada et comme garante de leurs droits ancestraux et issus de traités. Cette relation de fiduciaire est un aspect fondamental de la Constitution du Canada[13].

Il est souligné dans le Rapport que, même si les provinces et les territoires sont liés eux aussi par des obligations fiduciaires – une position qui semble compatible avec la jurisprudence récente en la matière[14] – le Parlement a compétence principale en ce qui concerne les peuples autochtones étant donné le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

> Aux termes de son obligation de fiduciaire, [le Parlement] ne peut pas rester inactif dans sa propre sphère de compétence alors que des traités sont bafoués, que l'autonomie autochtone est minée et que des terres autochtones sont détruites[15].

La Commission critique la manière dont les gouvernements d'hier et d'aujourd'hui ont exercé leur rôle de fiduciaire; elle pense que le gouvernement doit jouer son rôle de façon plus constructive en prenant diverses mesures, notamment en accordant une reconnaissance plus étendue aux peuples autochtones envers lesquels il a des obligations fiduciaires, et de nombreuses recommandations reflètent ce point de vue.

---

(12) Ministre des Approvisionnements et Services, Ottawa, 1996.

(13) *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, précité note 12, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, Première partie, p. 269.

(14) Voir par exemple les arrêts de la Cour suprême du Canada portant sur les droits issus de traités, visés à l'article 35, et mettant en cause des textes réglementaires provinciaux : *R.* c. *Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, *R.* c. *Côté*, précité note 8. En outre, il est implicite dans l'arrêt *Delgamuukw*, précité note 10, que le gouvernement de Colombie-Britannique pourrait prendre des mesures portant atteinte au titre aborigène à condition d'avoir des objectifs législatifs réguliers. Voir aussi l'arrêt *Gitanyow First Nation* c. *Canada*, précité note 11, dans lequel la Cour suprême de Colombie-Britannique trouve la Couronne provinciale indissociable de la Couronne fédérale.

(15) *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, précité note 12, vol. 5, *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, p. 8.

Le gouvernement fédéral n'a pas établi une politique officielle globale dans ce domaine. Son approche[16] prévoit deux grandes catégories d'obligations fiduciaires, établies suivant les arrêts *Guerin* et *Sparrow*, dont les gestionnaires de l'État doivent tenir compte. Les obligations découlant de l'arrêt Guerin surviennent lorsque la Couronne a l'obligation d'agir dans l'intérêt d'un groupe d'Autochtones et qu'elle détient un pouvoir discrétionnaire en la matière (par exemple, à propos de la cession de terres de réserve). Les obligations découlant de l'arrêt Sparrow surviennent lorsque la Couronne doit respecter les droits ancestraux ou issus de traités que garantit la Constitution et justifier toute atteinte à ces droits. Les lignes directrices fédérales soulignent aussi que l'honneur de la Couronne est un autre élément capital dont il faut tenir compte dans les relations avec les peuples autochtones. Le gouvernement fait une distinction entre le rapport de fiduciaire et les obligations fiduciaires. D'après lui, certaines activités de la Couronne qui ont une incidence sur les Autochtones et qui relèvent du rapport de fiduciaire ne donnent pas nécessairement naissance à des obligations fiduciaires ayant force exécutoire.

Le gouvernement a reconnu explicitement ou tacitement le rapport de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones, notamment dans les documents suivants :

- *Rassembler nos forces : Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*[17] (janvier 1998) est la réponse du gouvernement au *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* – sans énoncer expressément un rapport de fiduciaire, le document insiste sur des objectifs concernant le renouvellement des relations et des partenariats, et un partage des responsabilités;

- l'article 5.8 de l'Initiative sur l'Entente-cadre du Manitoba de 1994[18] selon lequel le rapport de fiduciaire de la Couronne sera maintenu conformément aux décisions des tribunaux, aux droits ancestraux, aux dispositions de la Constitution dont l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, aux traités, aux autres règles de droit et aux diverses sources du droit;

---

(16) Cette approche est énoncée dans le Rapport d'un groupe de travail interministériel d'octobre 1995 intitulé « Rapports fiduciaires entre la Couronne et les peuples autochtones : questions de mise en application et de gestion pour gestionnaires ».

(17) Canada, Ministre des Affaires indiennes et du Nord, Ottawa, 1997.

(18) Cette entente conclue par l'Assemblée des chefs du Manitoba et le Canada établit une procédure pour démanteler les services du MAINC au Manitoba, mettre sur pied les institutions gouvernementales des Premières nations du Manitoba et redonner aux gouvernements de ces Premières nations les compétences actuellement exercées par les ministères fédéraux. Le texte de l'entente se trouve sur le site Web de l'Assemblée des chefs du Manitoba au http://www.mbchiefs.mb.ca/mfai.html.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- le guide de la politique fédérale (1995) sur l'autonomie gouvernementale des autochtones[19] qui déclare que l'autonomie gouvernementale pourrait avoir pour effet de « modifier la nature » des « rapports de fiduciaire uniques et historiques » de la Couronne avec les peuples autochtones puisque les responsabilités de la Couronne vont diminuer à mesure que les institutions autochtones exerceront des compétences gouvernementales;

- les lignes directrices sur la consultation que le gouvernement de la Colombie-Britannique a diffusées en 1998 à la suite de l'arrêt *Delgamuukw* et dans lesquelles il reconnaît que la Couronne doit impérativement s'acquitter de ses obligations fiduciaires en cas d'atteinte possible à des droits ancestraux ou à un titre aborigène[20].

COMMENTAIRE

Selon l'analyse sommaire qui précède, tant les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones que les obligations envers ces derniers qui en découlent ont des conséquences pour l'élaboration et l'application des politiques gouvernementales dans les affaires mettant en cause les titres aborigènes. En outre, la portée des obligations et, partant, la nature des implications connexes en matière de politiques varieront selon les circonstances propres à chaque cas.

Nombreux sont ceux qui croient que d'importantes questions touchant l'exécution des rapports de fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones ne sont toujours pas résolues et demeurent problématiques. L'application des décisions de la Cour suprême du Canada confirmant le rapport de fiduciaire est encore floue dans certains contextes, par exemple en ce qui concerne la négociation des revendications territoriales et de l'autonomie gouvernementale. De même, les normes qui permettront au gouvernement d'agir pour « l'honneur de la Couronne » dans diverses situations ont besoin d'être raffinées. Jusqu'à présent, il n'est pas rare que des groupes d'Autochtones et le gouvernement s'affrontent dans des procès, des négociations et des tribunes politiques au sujet de la portée de la responsabilité gouvernementale qui découle du rapport de fiduciaire. Les Autochtones accordent généralement aux obligations de la Couronne

---

(19) Canada, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, Guide de la politique fédérale, *L'autonomie gouvernementale des Autochtones : L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ministre des Affaires indiennes et du Nord, Ottawa, 1995. La politique se trouve sur le site Web du ministère au http://www.inac.gc.ca/pr/pub/sg/plcy_f.html.

(20) Les lignes directrices se trouvent sur le site Web du ministère des Affaires autochtones de la Colombie-Britannique au http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/consult.htm.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

une portée plus étendue que celle que la Couronne elle-même est prête à reconnaître. Les résolutions adoptées par l'Assemblée des Premières nations attestent que de nombreuses facettes des rapports actuels sont encore mal définies(21). En avril 2000, Phil Fontaine, alors chef de l'Assemblée des Premières nations, a dit : « Le MAINC, comme le gouvernement du Canada lui-même, a une personnalité schizophrénique puisque, d'une part, il a et exécute des obligations fiduciaires envers nos peuples tandis que, d'autre part, il doit remplir ses obligations politiques envers le reste du Canada. [...] Des fois il défend nos droits, d'autres fois il est contre nous par l'entremise du ministère de la Justice »(22).

Il semble donc qu'on puisse conclure que le rapport de fiduciaire, quoique mal défini à certains égards, a effectivement une portée juridique et constitutionnelle.

---

(21) Un index des résolutions de l'APN se trouve sur Internet au http://www.afn.ca/resolutions/.

(22) Allocution prononcée à la conférence d'avril 2000 de l'Association du Barreau canadien, « Negotiations Or Litigation? Which Way Forward To Resolve Aboriginal Claims With The Crown? » (traduction); se trouve sur le site Web de l'APN au http://www.afn.ca/splash.htm.